



ACTUALIZACIÓN DEL PROTUARIO DE DERECHO HIPOTECARIO TRAS LA LEY 13/2015

Diego Vigil de Quiñones Otero

La ley 13/2015 ha introducido una serie de modificaciones de gran importancia en lo relativo a la coordinación del Registro con la realidad física de las fincas. Siendo los principios de especialidad y tracto los más afectados, recogemos lo esencial en el resumen que el Protuario contiene de cada uno de los dos principios.

4º Principio de especialidad.

a) La descripción del derecho: En virtud del principio de especialidad, el derecho que se inscriba debe estar perfectamente determinado en cuanto a titularidad, objeto y contenido.

Consecuencia del mismo, el Art. 9 LH (modificado por la Ley 13/2015 para una coordinación más exacta con el catastro, de modo que la descripción del objeto del derecho –la finca- sea más exacta en cuanto a su extensión y linderos de acuerdo a la cartografía catastral) determina una serie de elementos que en todo caso debe contener la inscripción, añadiendo el 51 RH más precisiones al respecto. En cuanto al título, consecuencia de éste principio, el Art. 21 especifica que *“Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la*

inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos”.

¿Cómo saber si nos falta algún dato que va a impedir la inscripción? Si en el título formal nos falta algún dato necesario para la inscripción, el Registrador señalará defecto. Por eso, además de preguntarse si concurren todos los requisitos de validez, de formalidad, consentimientos relevantes etc, se puede obtener certidumbre sobre la inscribibilidad de un documento cotejando el mismo con el Art. 9LH y el 51 RH.

b) Sistema de folio real: En éste punto, hemos de tener presente también que el Registro se lleva por fincas, abriendo un folio registral a cada una de ellas (Art. 8 y 243 LH). A partir de la Ley 13/2015 el folio real de cada finca incorporará un código registral único de cada finca (art. 9 LH). La primera inscripción de cada finca, será de dominio (art. 7). Las titularidades y cargas que tengan dicha finca como objeto, deben inscribirse en el folio abierto a la misma (Art. 13 LH).

¿Puede el titular de un derecho limitado sobre finca no inscrita inscribir su derecho? Hasta la Ley 13/2015, la unifica forma de lograr su inscripción que tenía el titular de un derecho limitado era lograr la presentación de un título que permitiese la inscripción del dominio y el derecho limitado (art. 7.2 LH, 376 RH). El nuevo art. 203.2 LH articula el expediente de dominio instado por el titular de un derecho sobre finca no inscrita.

La aplicación del principio de especialidad, plantea una serie de problemas que podríamos ordenar en problemas que surgen de la definición del derecho, y problemas que tienen que ver con las modificaciones del objeto de los derechos registrados¹.

¹ Que es la manera en que PEÑA trata las modificaciones de la finca, con un planteamiento sencillo y clarificador. Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. 2001, Págs. 558 y ss.

c) Problemas que surgen de la definición del derecho: En cuánto a la definición del derecho, como hemos dicho, la misma tiene que ser lo más clara posible. Esto no plantea problema en derechos plenos o de definición legal como la propiedad y el usufructo. Sin embargo, sí que puede plantearlos en derechos de garantía, requiriéndose una perfecta determinación de cuál es la obligación garantizada (Art. 12 LH, respecto de las hipotecas). Precisamente la hipoteca fue la que en buena medida determinó las reglas a partir de las cuales se ha elaborado la idea de principio de especialidad. La idea inicial era que quedase perfectamente determinado todo a fin de que no hubiese hipotecas generales. Sin embargo, en la actualidad, y tras la Ley 41/2007, se está produciendo una tendencia a la admisión de nuevas figuras, rompiendo parcialmente con el principio de accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito garantizado. Exponente de ésta tendencia es el Art. 153 bis LH que admite la constitución de la hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones.

d) Problemas relativos al objeto del derecho inscrito, debemos señalar:

1º Las diferencias de cabida. En ocasiones, las fincas resultan tener en la realidad mayor o menor superficie² que la reflejada en el Registro.

Decía PEÑA que “con la misma facilidad con que pueden llegar al Registro las novedades que afectan a los meros datos físicos de la finca, deben poder hacerse constar las inexactitudes relativas a estos datos”³.

² Como explica FANDOS, “ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior, es decir, que la superficie que ahora se pretende constatar es la que debió reflejarse en su día, por ser la realmente contenida en los linderos registrados originariamente”. FANDOS PONS, P., 2008. Pág. 92.

³ PEÑA, 2001. Pág. 579.

En atención a esto, el art. 198. 3º LH incluye entre los medios para concordar la realidad física con la registral la rectificación de la descripción de una finca. Dicha rectificación se producirá a través del expediente de dominio previsto en el art. 201 LH, el cual se tramita ante Notario, con ciertas actuaciones por parte del Registrador (cfr. Artt. 201 y 203 LH, redactados por la Ley 13/2015). Ambos preceptos han sido modificados por la Ley 13/2015, la cual ha sometido a expediente de dominio todos los excesos de cabida, excepto las rectificaciones de cabida por diferencias inferiores al 10% de la superficie (que se pueden hacer por medio de certificación catastral, art. 201.3 LH) y las simples rectificaciones de superficie inferiores al 5%. Ahora bien, en ambos casos se profundiza en la exigencia de que el Registrador no albergue dudas sobre la finca (art. 201 LH, ultimo párrafo), de modo que se concede discrecionalidad al Registrador para la calificación de estas operaciones. Con el nuevo contenido del art. 201 LH hay que entender que ya no se podrá constatar los excesos de cabida por los medios del art. 298.3 RH.

Respecto de la menor cabida, por analogía con los medios de constatación de los excesos, se podrá hacer constar por los mismos medios. Ahora bien, en la medida en que ello supone una disminución, los titulares de cargas constituidas sobre la finca que resulten afectados, deberán prestar su consentimiento pues su derecho decrece.

2º La alteración de características: la redacción del art. 201. 2 LH tras la Ley 13/2015 dispone que “*podrá, no obstante, realizarse la rectificación de la descripción de cualquier finca, sin necesidad de tramitación de expediente, cuando se trate de alteración de su*

calificación o clasificación, destino, características físicas distintas de la superficie o los linderos, o los datos que permitan su adecuada localización o identificación, tales como el nombre por el que fuere conocida la finca o el número o denominación de la calle, lugar o sitio en que se encuentre, siempre que, en todos los casos, la modificación se acredite de modo suficiente, en la forma que se determine reglamentariamente”.

3º Las declaraciones de obra nueva, plantaciones e instalaciones. Existiendo sobre las fincas inscritas plantaciones, construcciones o instalaciones cabrá reflejar dicha circunstancia en (Art. 202 LH, cuya redacción actual procede de la Ley 13/2015). Dicha constancia podrá conseguirse ya por un título de finalidad traslativa, ya como operación específica con posterioridad. En todo caso, en ésta materia tiene una especial trascendencia la legislación sectorial, pues las obras deben cumplir las exigencias determinadas en la misma.

Dicha legislación es especialmente importante respecto de las obras nuevas. La misma señala la necesidad de acreditación de los requisitos previstos por las leyes tales como la obtención de licencia, la finalización de la obra conforme a la misma y el cumplimiento de los requisitos de la legislación de la edificación para la entrega a los usuarios (cfr. Art. 20 Texto Refundido Ley del Suelo –TRLR-). Además, el art. 20.4 TRLR establece la posibilidad de inscribir las obras antiguas de las que no hay licencia, respecto de las cuales ya prescribió la infracción urbanística o que estén fuera de ordenación.

4º Las modificaciones hipotecarias. Con éste nombre, se conoce a las operaciones de agregación, segregación, división y

agrupación de las fincas, que se regulan en los Art. 45 a 50 RH. Dichos preceptos admiten la constancia posterior de dichas alteraciones. Además de los mismos, deben tenerse presentes los requisitos de la Legislación Agraria y Urbanística y de la Ley de Propiedad Horizontal. En efecto, determinados preceptos como el Art. 10 LPH y el 17 LS exigen autorización de la comunidad de vecinos y de la administración para llevar a cabo modificaciones, como se verá enseguida (apartado 5º).

5º Las fincas especiales. Con carácter general, se considera que es finca registral todo ente al que se le pueda abrir folio en el Registro. Dicho ente no siempre coincide con una porción de terreno. Para comprender lo que decimos hay que partir de la finalidad económica del Registro que explicamos al inicio. Hoy el mercado habla de *property rights*. Dicho concepto es más amplio que derechos de propiedad: hace referencia también a derechos de aprovechamiento de los bienes como por ejemplo las concesiones administrativas. Por otra parte, el objeto de dichos derechos subjetivos no siempre es una porción de terreno: puede ser una cuota de dicho terreno con asignación de uso de una parte; puede ser una fracción de tiempo en el uso de parte de dicho terreno (así el aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico); puede ser un piso o departamento de un edificio en el que haya varios. Las técnicas constructivas y las demandas del mercado contemporáneo, han originado que el objeto de los derechos reales sea algo distinto que una porción de terreno. Cada departamento o piso puede tener un propietario diferente, con su acreedor hipotecario y su inquilino detrás. Ello justifica que si lo que pretendemos es dar publicidad a los derechos, sea preciso determinar con claridad el objeto de los

mismos. Siendo dicho objeto un ente que no necesariamente es una porción de terreno, habrá que abrir folio a dicho objeto tal cual sea.

Sentado esto, la legislación vigente, admite en diversos supuestos que se abra folio a entes que no son porción de terreno tales como los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal y los conjuntos inmobiliarios (Art. 8 LH)⁴; las agrupaciones de fincas que constituyen una unidad como explotaciones industriales o granjas (cfr. Art. 44 RH); las concesiones administrativas (Art. 31, 60 y 61 RH)⁵; las cuotas de locales destinados a garaje (Art. 68 RH); o los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

En muchos de estos casos, una finca registral está unida a otra: se abre folio al total conjunto o edificio, a cada piso, a cada local garaje, a cada cuota, a cada apartamento y a cada porción temporal en el *time-sharing*. Ahora bien, todo empieza por una porción de terreno en la que se construye, se divide horizontalmente etc. Por éste motivo, podemos señalar que todos éstos cambios posteriores son, como dice PEÑA, “hechos que, respetando la unidad registral de la finca” –pues no dividen ni segregan- “determinan la apertura de nuevos folios relativos a objetos registralmente autónomos”⁶, pero vinculados con otra finca matriz, de modo que se habla de folios en cascada, pues unos parten de otros.

6º Las modificaciones de pisos y locales en propiedad horizontal: mención aparte merece la modificación de pisos y locales en régimen de propiedad horizontal. En efecto, con carácter general la modificación de las fincas requiere ante todo someterse a los

⁴ El régimen de propiedad horizontal se aplica también a realidades constructivas diferentes de las casas por pisos, como por ejemplo los cementerios (R. 21 Marzo de 2001).

⁵ No sólo las grandes, tipo gasolineras, autopistas o minas, sino también las concesiones de plazas de garaje por un tiempo en aparcamientos de residentes o los amarres de los puertos deportivos.

⁶ 2001. Pág. 565.

requisitos de especialidad indicados (Art. 45 a 50 RH). En el caso de que lo que se modifique sea un piso o local en régimen de propiedad horizontal, hay casos en los que además se requiere el consentimiento de la comunidad de vecinos o incluso licencia administrativa. La casuística es inagotable y las Resoluciones de la DGRN en la materia abundantísimas.

Lo esencial, a los efectos del principio de especialidad, es que deben haber consentido todos los afectados (ver principio de tracto) y que el título debe contener todos los elementos descriptivos necesarios. En ocasiones, aunque se tiene un consentimiento *ex ante* (los Estatutos de la comunidad de vecinos autorizan a dividir, segregar, agregar, agrupar o desvincular anejos), no se tienen en cambio los elementos descriptivos, lo cual impide la inscripción:

Por *ejemplo*, en casos de desvinculación de anejos en base a autorizaciones estatutarias, faltando fijar la cuota que el anejo pasaba a tener como elemento privativo autónomo o las reglas para la determinación de la misma (R. 7 Mayo 2014), que tal vez no se fijaron al autorizar (cfr. Res. 6 Mayo 2015).

Por lo que se refiere a los afectados que deben consentir, las últimas reformas⁷ han establecido la necesidad de autorización administrativa para dividir, segregar y agregar pisos y locales (cfr. Art. 10.3.b LPH), y han suavizado las exigencias en cuanto a las mayorías necesarias (se admite 3/5) en la Junta de Propietarios. Este precepto ha dado lugar a problemas y ha suscitado en muchos casos la duda de ¿Cuándo es necesaria la autorización administrativa para modificar pisos según los artt. 10.3 LPH y 17.6 LS? La remisión

⁷ La ley 8/2013, de 26 de Junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas ha modificado la LPH en este punto.

del 10.3 LPH al 17. 6 LS y sus condiciones, permite entender que NO será necesaria autorización cuando el número de departamentos resultantes de la modificación coincida con los previstos en la licencia, o bien cuando el número de departamentos resultantes sea menor de los que había antes de la modificación.

Ejemplo.- Bosco y Domingo han heredado un piso que registralmente son 2 fincas (una vivienda y un despacho). Quieren agregar el despacho a la vivienda, de modo que en el Registro conste un solo departamento conforme a la realidad. Dado que el resultado es un departamento donde había dos, hay que entender innecesaria la autorización administrativa.

5º Principio de tracto sucesivo.

a) *Concepto:* Siendo la finalidad del Registro ofrecer certeza sobre la titularidad de los derechos y fijándose una regla de propiedad que protege al adquirente, se requiere una regla que exija dejar constancia clara de la concatenación de titularidades que existen sobre un bien. Dicha regla es la que integra el principio de tracto sucesivo, o principio en virtud del cual cada titularidad registral (salvo la que causa el primer asiento o de inmatriculación – cuándo la finca accede al Registro por primera vez-) debe traer causa en una titularidad anterior registrada. El principio, que ha sido calificado de “formal”, es consecuencia de la legitimación de que trato en el apartado siguiente relativo al principio de publicidad.

b) *Reglas:* a') *En actos traslativos:* consecuencia del mismo, dispone el Art. 20 LH que

“Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás

*derechos reales sobre inmuebles, **deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.***

En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.

Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el expresado derecho y no se acredite fuere inscribible con arreglo al artículo doscientos cinco, los Registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo noventa y seis de esta Ley.

No será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes”.

¿Qué hacer cuándo no existe tracto, bien porque la finca sobre la que recae el derecho cuya inscripción se pretende no está inscrita, bien por estar inscrita pero no estarlo el derecho por haberse producido una interrupción? En éstos casos nos encontramos con una situación de discordancia entre la situación registral y la realidad extrarregistral. Los medios legalmente contemplados para solucionarla son la primera inscripción y la reanudación del tracto (Art. 198 LH)⁸.

1º La **primera inscripción o inmatriculación** puede lograrse, tras las reformas introducidas por la Ley 13/2015 de 24 de Junio, por expediente de dominio (Art. 203 LH, que desjudicializa el mismo, atribuyendo al Notario la competencia), por medio de doble

⁸ El Artículo 198 LH contempla también como medio para devolver la coincidencia con la realidad extra-registral al Registro el expediente de liberación de cargas. Dicho procedimiento permite solucionar la discordancia de cargas, no la interrupción del tracto.

título público (es decir, otorgado por quien previamente ostente la titularidad por otro título público anterior un año antes, exigiendo además que la descripción de ambos títulos coincida con la de la certificación catastral, Art. 205 LH y 298 RH⁹), por deslinde, concentración parcelaria, equidistribución, expropiación y sentencia declarativa (Art. 204 LH). Además, en el caso de las Administraciones públicas, por medio de una certificación de dominio (Art. 206 LH).

2º La **reanudación del tracto**, por medio de acta de notoriedad o expediente de dominio (Art. 200 LH).

El principio tiene una especial relevancia en el ámbito procesal. En efecto, además de requerirse la previa inscripción de la finca a favor del transmitente en los actos voluntarios, se requiere la misma en los actos forzosos (nótese que el precepto habla de titulares “en cuyo nombre se otorguen”). Por ello, en los procedimientos ejecutivos es especialmente importante cuidar el tracto, pues si la finca no está inscrita a nombre de la persona (física o jurídica¹⁰) contra la cual se sigue el procedimiento, la adjudicación no podrá inscribirse y el Registrador deberá denegar la misma como un obstáculo que surge del Registro en aplicación de éste principio (cfr. Art 100 RH; Art. 132 LH respecto de los procedimientos de ejecución hipotecaria).

b´) En actos de gravamen: junto a las reglas de tracto en los actos traslativos, hemos de detener la atención en los actos de

⁹ La doctrina reciente de la DGRN ha sido muy estricta respecto de lo que han venido en llamarse “títulos prefabricados” e inmatriculaciones “ad hoc”, permitiendo una calificación muy rigurosa de los Registradores sobre el tema. Cfr. Entre otras las Resoluciones DGRN de 25 de julio de 2012 (1ª) (el registrador debe extremar el celo en la calificación de las inmatriculaciones por título público excluyendo las inmatriculaciones instrumentales o ad hoc), 30 de octubre de 2012 (1ª), 9 de mayo de 2013 (1ª), 22 de junio de 2013 (2ª), 7 de febrero de 2014 (1ª) y 12 de mayo de 2014 (1ª). La dureza de los requisitos del art. 205 LH en su nueva redacción responde evidentemente al endurecimiento de requisitos que generó esta doctrina.

¹⁰ Pensemos por ejemplo que una sociedad que se escinde y parte de sus bienes pasan a ser propiedad de la sociedad formada por la escisión. La nueva titular no es ya la antigua. Ha habido cambio, y la misma será tercer poseedor respecto de los acreedores hipotecarios de la primera en el caso de que se pretenda ejecutar judicialmente una hipoteca inscrita sobre la finca en la que el deudor fuese la sociedad de la que la titular actual se escindió.

gravamen, como es el caso del embargo. Para los mismos, dice el párrafo final del Artículo 20 LH que *“no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento”*.

La regla tiene una especial **importancia en el ámbito procesal**, pues permite cerrar el Registro a los actos judiciales o administrativos que, dictados en procedimiento en los que no ha intervenido el titular registral, ordenen anotar sus bienes. Se logra con ello cerrar el Registro (en beneficio y con protección por el Registrador del propietario) frente a embargos ordenados sin su defensa, protegiendo con ello su derecho a la tutela judicial efectiva.

Ejemplo.- Pedro, Santiago y Juan son tres hermanos que han heredado un piso de sus padres que se han adjudicado por terceras e iguales partes indivisas entre ellos en Escritura de partición de herencia. Dicha Escritura no se ha llegado a inscribir. Debido a determinados negocios, Juan se halla inmerso en determinado juicio ejecutivo en el curso del cual se decreta el embargo de sus bienes. Se extiende mandamiento en el cual se ordena el embargo de la tercera parte correspondiente al mismo en el piso de sus padres. Presentado el mismo en el Registro, el Registrador deberá denegar la anotación por cuánto el titular registral son todavía los padres. El embargo no será anotable, a menos que del documento judicial resulte el carácter de heredero del titular registral del deudor-demandado (Juan), cumpliendo con ello los requisitos del Art. 166. 1º párrafo 2º RH.

c´) En particular, el tracto respecto del derecho de hipoteca: la complejidad de las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo es muy alta respecto del derecho real de hipoteca. La acción para ejercitarlo corresponde sólo al titular registral del derecho (Art. 130).

¿Qué ocurre si el titular del derecho cambia durante la vida de la hipoteca? (las hipotecas a favor de entidades afectadas por la reestructuración bancaria)

En estos casos, si no se inscribe el cambio de titularidad (muchas veces producido por fusiones y adquisiciones, y no tanto por cesiones puntuales de crédito), puede ocurrir que, a la hora de inscribir la adjudicación al rematante en el procedimiento de ejecución, nos encontremos con una interrupción de tracto.

Ejemplo.- La Caja de Ahorros del Eo concedió un préstamo a María y Roque. Posteriormente la Caja se transforma en Banco y además se fusiona con el Banco de los Oscos. En el Registro de la propiedad, mientras no se inscriba la fusión, la hipoteca sigue a nombre de la Caja del Eo. Llegado el caso de que se ejecute la hipoteca, habrá una interrupción de tracto que impedirá la inscripción de la adjudicación para el rematante.

d´) La sucesión procesal y el tracto sucesivo: en ocasiones la realidad es más compleja todavía y el problema ante el cual nos encontramos es que, comenzado el procedimiento por un titular del derecho, el mismo se continúa por su sucesor (cfr. Artt. 17 y 540 LEC), produciéndose la sucesión procesal del derecho durante el procedimiento. En estos casos el problema es el mismo: hay interrupción y no cabrá inscribir la adjudicación si se respeta el tracto.

Lo que si que cabrá es expedir la certificación prevista en el procedimiento por el Art. 688 LEC¹¹.

e') *El tracto en las modificaciones de las fincas:* en caso de modificación de una finca, que ni se transmite ni se grava, es necesario que consientan todos los afectados.

Si de lo que se trata es simplemente de reflejar la finalización de una obra nueva que ya se había inscrito en construcción, basta que consienta un cónyuge, la mayoría de los cotitulares, quien hubiese declarado la obra nueva o el Presidente de la junta de propietarios (Art. 47 RD 1903/1997).

El problema del consentimiento de todos los afectados es especialmente grave en el caso de las fincas en régimen de propiedad horizontal. En las mismas es necesario que obtener el consentimiento de la junta de propietarios, salvo en determinados casos: así, el mero cambio de uso si los estatutos no lo prohíben puede hacerlo por si mismo el titular del bien (R. 20 Marzo 2015).

Siendo necesario el consentimiento, obtenido el mismo cabe eso si que se exprese como acto colectivo por la simple comparecencia del Presidente, lo cual se admite incluso para desafectar y vender un elemento común (la vivienda del portero, R. 23 de Marzo de 2005).

Por otra parte, cabe que se autorice previamente en cláusulas de los estatutos la realización de modificaciones. Una autorización ex ante que ha sido declarada válida incluso después de la reforma de la Ley 8/2013 (cfr. R. 7 de Mayo de 2014).

¹¹ Así lo admiten las Resoluciones de 8 de Julio y 10 de Octubre de 2013. Sin embargo, no existiendo la sucesión procesal en el procedimiento de ejecución extrajudicial, habrá de denegarse la expedición de certificación para dicho procedimiento cuando se pretenda una ejecución judicial y falte el tracto.